

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74146>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

JOR 2008/114

Rechtbank 's-Hertogenbosch

30 januari 2008, HA ZA 07-84; LJN
BC3088.

(Mr. Pols)

Fortis Bank (Nederland) BV te Rotterdam,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat: mr. E.M.J.M. van Heesen,
tegen
J.G. van der Zanden te Uden,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat: mr. R.A. Baltes.

Borgtocht, Faillissement hoofdschuldenaar,
Bank heeft voldoende inspanningen
verricht, zodat borg kan worden
aangesproken

[BW Boek 7 - 850]

» Samenvatting

Van der Zanden is als borg niet gehouden tot betaling voordat Revanche als hoofdschuldenaar in de nakoming van haar verbintenis jegens Fortis tekort is geschoten. Nu bij vonnis van deze rechtbank van 20 september 2006 het faillissement van Revanche is uitgesproken en vaststaat dat Revanche in ieder geval vanaf die datum haar verplichtingen ten opzichte van Fortis niet nakomt, kan Van der Zanden als borg door Fortis worden aangesproken op betaling van de borgsom.

Naast de borgstelling heeft Fortis bij het aangaan van de overeenkomst met Revanche andere zekerheden bedongen in de vorm van verpanding aan Fortis van zaken, vorderingen en handels- en merknamen van Revanche. In beginsel is Fortis als schuldeiser volledig vrij om te kiezen welke zekerheid zij het eerst te gelde maakt. Wel kan het zo zijn dat, nu er sprake is van een verpanding, Fortis

onzorgvuldig zou kunnen hebben gehandeld indien zij Van der Zanden zou hebben aangesproken zonder een poging te hebben gedaan die andere zekerheden uit te winnen, een en ander afhankelijk van de concrete omstandigheden. Van der Zanden heeft niet aangetoond dat verkoop van de verpande inventaris bij meer of andere inspanningen van Fortis binnen een redelijke termijn een zoveel hogere opbrengst had kunnen opleveren dat Van der Zanden niet of niet voor het volledige bedrag van € 25.000,= als borg had hoeven te worden aangesproken. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatig handelen van Fortis jegens Van der Zanden.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

(...; red.)

2. De feiten

2.1. Van der Zanden is enig aandeelhouder en bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Verku B.V. Deze vennootschap is enig aandeelhouder en bestuurder van de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Revanche B.V. (hierna te noemen: Revanche).

2.2. Fortis heeft op 15 februari 2005 een kredietverleningsovereenkomst gesloten met Revanche, waarbij Fortis aan Revanche een zogenaamde multi-purpose faciliteit beschikbaar heeft gesteld ter grootte van € 25.000,=, alsmede een vijfjarige geldlening ter grootte van € 75.000,=. In de overeenkomst is opgenomen dat Fortis, tot zekerheid voor de voldoening van de uit de overeenkomst volgende verplichtingen, van Van der Zanden een borgtocht zal ontvangen voor een bedrag van € 25.000,= alsook een

verpanding van vorderingen, roerende zaken (voorraden en bedrijfsuitrusting), merkrechten en handelsnaam.

2.3. Bij afzonderlijke overeenkomst van 15 februari 2005 heeft Revanche een eerste recht van pand verleend aan Fortis op:

- de gehele huidige en toekomstige bedrijfsuitrusting en alle huidige en toekomstige bedrijfs- en handelsvoorraden van Revanche;
- alle bestaande en toekomstige vorderingen van Revanche op derden en op Fortis;
- alle merkrechten en handelsnamen die Revanche voert.

2.4. Partijen zijn op 15 februari 2005 een borgstellingsovereenkomst aangegaan waarbij Van der Zanden zich voor een bedrag van € 25.000,= borg heeft gesteld tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen Fortis te vorderen heeft van Revanche.

2.5. Revanche is bij vonnis van deze rechtbank van 20 september 2006 failliet verklaard.

Per faillissementsdatum had Revanche een schuld bij Fortis van € 81.246,70. De inventaris van Revanche is door Fortis verkocht voor een bedrag van € 17.850,= inclusief BTW. Bij brief van 12 oktober 2006 heeft Fortis Van der Zanden aangesproken tot betaling van de borgsom van € 25.000,= op uiterlijk 25 oktober 2006, bij gebreke waarvan Van der Zanden per die datum in verzuim zal zijn.

2.6. Fortis heeft op 11 december 2006 conservatoir beslag doen leggen op (de onverdeelde helft van) de bij Van der Zanden in (mede-) eigendom zijnde woning aan het adres Vuurijzer 20 te Uden. Het proces-verbaal van beslaglegging is op 13 december 2006 aan Van der Zanden betekend.

3 Het geschil

In conventie en in reconventie

3.1. Fortis vordert veroordeling van Van der Zanden tot betaling van een bedrag van € 26.158,=, bestaande uit een bedrag van € 25.000,= uit hoofde van de door partijen gesloten borgstellingsovereenkomst van 15 februari 2005 en een bedrag van € 1.158,= voor de vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten. Fortis vordert voorts de wettelijke rente over het totaalbedrag van € 26.158,= vanaf 25 oktober 2006 althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan de dag van de voldoening. Tenslotte vordert Fortis veroordeling van Van der Zanden in de proceskosten, waaronder de beslagkosten.

3.2. Fortis legt naast de genoemde vaststaande feiten (voor zover door haar aangedragen) aan deze vorderingen het volgende ten grondslag.

Fortis heeft zich genoodzaakt gezien om Van der Zanden onder haar borgstelling aan te spreken. Omdat Van der Zanden niet aan haar verplichting uit hoofde van de borgstelling voldoet heeft Fortis beslag gelegd op (de onverdeelde helft van) de woning van Van der Zanden. Met ingang van 25 oktober 2006 is Van der Zanden in verzuim zodat zij per die datum wettelijke rente is verschuldigd. Subsidiair stelt Fortis dat Van der Zanden de wettelijke rente verschuldigd is vanaf de dag der dagvaarding. Fortis begroot de gevorderde vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten op twee punten van het geldend liquidatietarief.

3.3. Van der Zanden voert daartegen verweer en concludeert tot niet ontvankelijkheid althans tot afwijzing van de vorderingen van Fortis.

In reconventie vordert Van der Zanden primair ontbinding van de tussen partijen bestaande overeenkomst van borgstelling.

Subsidiair, voor zover Van der Zanden verplicht zou zijn tot betaling van enig bedrag aan Fortis, vordert Van der Zanden veroordeling van Fortis tot vergoeding van alle schade die Van der Zanden heeft geleden als gevolg van het gestelde tekortschieten van Fortis, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Meer subsidiair vordert Van der Zanden dat Fortis wordt bevolen het op 11 december 2006 gelegde conservatoir beslag op te heffen. Tenslotte vordert Van der Zanden veroordeling van Fortis in de proceskosten, waaronder begrepen de kosten van (opheffing van) de beslaglegging.

3.4. Van der Zanden legt daaraan het navolgende ten grondslag.

Fortis is naar de mening van Van der Zanden toerekenbaar tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens haar en heeft jegens haar onrechtmatig gehandeld, zodat de tussen partijen gesloten borgstellingsovereenkomst ontbonden moet worden, althans de door Van der Zanden als gevolg van het handelen van Fortis geleden schade door Fortis moet worden vergoed.

Fortis is volgens Van der Zanden tekortgeschoten in haar zorgplicht en heeft nagelaten te doen wat van een redelijk handelende bank mag worden verwacht om de inventaris van Revanche te gelde te maken, met als gevolg dat nu Van der Zanden wordt aangesproken tot betaling. Uit het aanvangsverslag van de curator blijkt, zo stelt Van der Zanden, dat Fortis de pogingen van de curator om een doorstart te realiseren heeft doorkruist. Fortis heeft niet onderbouwd waarom de verkoopopbrengst van de inventaris slechts € 17.850,- (inclusief BTW) bedraagt.

Het onverkort toepassen van de uitwinning van de inventaris door Fortis zoals dat is gebeurd leidt tot onaanvaardbare gevolgen,

welke naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te worden beperkt.

Omdat Fortis heeft nagelaten schadebeperkende maatregelen te treffen die in redelijkheid van haar kunnen worden gevergd, kan het handelen van Fortis worden gekwalificeerd als eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW.

Nu Van der Zanden niet gehouden is tot nakoming van de borgstellingsovereenkomst alvorens bij de opheffing van het faillissement blijkt dat de schuldenaar, Revanche, in de nakoming van haar verbintenis tekort is geschoten, is zij tot op heden geen wettelijke rente verschuldigd.

Het conservatoir beslag dient naar de mening van Van der Zanden te worden opgeheven omdat Van der Zanden, in tegenstelling tot hetgeen Fortis stelt, niet doende is om zich aan verhaal te onttrekken door de onroerende zaak te zullen of willen vervreemden of bezwaren. Daarmee is sprake van ondeugdelijkheid van het door Fortis ingeroepen recht. Voorts is het beslag onnodig. Van der Zanden betwist dat sprake is van een overwaarde op de met beslag bezwaarde onroerende zaak, zodat bij een eventuele verkoop geen geld overblijft om Fortis te betalen. Er zijn geen andere schuldeisers of betalingsproblemen zodat Fortis geen belang heeft bij een positie in een rangorde van schuldeisers.

3.5. Fortis reageert daarop als volgt.

Fortis stelt jegens Van der Zanden niet tekort te zijn geschoten in de op haar rustende verplichtingen en niet onrechtmatig te hebben gehandeld jegens Van der Zanden.

Met het faillissement van Revanche is de kredietfaciliteit van Fortis beëindigd op grond van de algemene voorwaarden van Fortis. De curator heeft daarin berust. De

curator wijst er in zijn brief van 24 januari 2007 op dat er, gezien de toestand van de boedel in het faillissement van Revanche, met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geen uitkeringen aan de concurrente crediteuren zullen plaatsvinden. Naar de mening van Fortis dient niet te worden gewacht met het aanspreken van de borg tot het gehele faillissement is afgewikkeld.

Uit het aanvangsverslag van de curator blijkt niet dat Fortis de pogingen van de curator om een doorstart te maken heeft doorkruist. Fortis heeft haar vordering op Revanche twee weken na het faillissement van Revanche bij de curator ingediend zodat aan Fortis niet kan worden verweten dat zij daarmee te lang heeft gewacht.

Alvorens Van der Zanden aan te spreken tot betaling uit hoofde van de tussen Fortis en Van der Zanden gesloten borgstellingsovereenkomst heeft Fortis de overige door Revanche aan Fortis verleende zekerheden (verpande vorderingen, inventaris en merkrechten en handelsnaam) uitgewonnen. Fortis is bij de uitwinning correct en zorgvuldig te werk gegaan, temeer daar ook zij belang heeft bij een zo hoog mogelijke opbrengst. Dat de opbrengst onvoldoende is om de vordering van Fortis te dekken, kan niet aan Fortis worden verweten. Uitwinning van de aan Fortis verpande vorderingen van Revanche is niet mogelijk gebleken omdat Revanche geen pandlijsten met debiteuren had aangeleverd en reeds uit het aanvangsverslag van de curator bleek dat er geen vorderingen waren. De merknaam en handelsnaam van Revanche zijn, als merk- en handelsnaam van een failliete en onbekende vennootschap, niet verkoopbaar gebleken. De aan Fortis verpande bedrijfsinventaris heeft uiteindelijk een bedrag van € 17.850,= inclusief BTW opgebracht. De curator en de rechter-commissaris hebben ingestemd met de verkoop tegen die prijs. Zelfs al zou een hogere opbrengst zijn gegenereerd dan nog

zou Fortis, gelet op de hoogte van de schuld van Revanche aan Fortis van € 81.246,70, Van der Zanden hebben aangesproken op de borgtocht.

De beslaglegging rust op goede gronden. Fortis heeft gegronde vrees voor verduistering, omdat Van der Zanden als gevolg van het faillissement geen inkomsten meer heeft en behoudens haar deel van de onroerende zaak niet beschikt over vermogen. Dat er niet voldoende overwaarde in de onroerende zaak aanwezig zou zijn is niet relevant.

4. De beoordeling

In conventie en in reconventie

4.1. Van der Zanden is als borg niet gehouden tot betaling voordat Revanche als hoofdschuldenaar in de nakoming van haar verbintenis jegens Fortis tekort is geschoten.

Nu bij vonnis van deze rechtbank van 20 september 2006 het faillissement van Revanche is uitgesproken en vaststaat dat Revanche in ieder geval vanaf die datum haar verplichtingen ten opzichte van Fortis niet nakomt kan Van der Zanden als borg door Fortis worden aangesproken op betaling van de borgsom.

4.2. Van der Zanden heeft verwezen naar jurisprudentie waaruit naar haar mening blijkt dat Fortis de op haar van toepassing zijnde zorgvuldigheidsnormen heeft geschonden. De door Van der Zanden genoemde uitspraken van het Gerechtshof Arnhem van 18 februari 2003 (JOR 2003/267), van de Rechtbank Arnhem van 30 juni 2004 (JOR 2004/283) en van de Rechtbank Leeuwarden van 15 november 2006 (JOR 2007/25) zien op de opzegging van een kredietovereenkomst, hetgeen hier tussen partijen niet aan de orde is. Het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 30 juni 2004 (LJN AP5415) ziet naar het oordeel van de rechtbank op een wezenlijk

andere situatie dan de hier voorliggende situatie. De uitspraak betreft immers een onderhandse verkoop van een bedrijf door een curator en een (eerste) hypotheekhouder, welke onderhandse verkoop niet overeenkomstig de daartoe geldende wettelijke bepalingen is geschied.

4.3. Naast de borgstelling heeft Fortis bij het aangaan van de overeenkomst met Revanche andere zekerheden bedongen in de vorm van verpanding aan Fortis van de zaken, vorderingen en handels- en merknamen van Revanche. In beginsel is Fortis als schuldeiser volledig vrij om te kiezen welke zekerheid zij het eerst te gelde maakt. Wel kan het zo zijn dat, nu er sprake is van een verpanding, Fortis onzorgvuldig zou kunnen hebben gehandeld indien zij Van der Zanden zou hebben aangesproken zonder een poging te hebben gedaan die andere zekerheden uit te winnen, een en ander afhankelijk van de concrete omstandigheden.

Van een dergelijke onzorgvuldigheid is naar het oordeel van de rechtbank niet gebleken.

Uit het aanvangsverslag van de curator valt, anders dan Van der Zanden betoogt, niet af te leiden dat Fortis de pogingen van de curator om een doorstart te maken heeft doorkruist.

De vordering van Fortis op Revanche bedraagt € 81.247,=. Als onbetwist is vast komen te staan dat Fortis de aan haar – naast de inventaris – verpande overige zekerheden van Revanche niet te gelde kon maken. Fortis heeft de inventaris van Revanche op 13 oktober 2006 door een beëdigd taxateur laten taxeren, welke taxateur de waarde van de inventaris heeft bepaald op een bedrag van € 33.255,=. Uiteindelijk is de inventaris van Revanche door Fortis aan een derde verkocht voor een bedrag van € 17.850,= inclusief BTW. Ook indien de inventaris van Revanche voor de door de taxateur bepaalde waarde

zou zijn verkocht, had dit, gezien de hoogte van de vordering van Fortis op Revanche van € 81.246,70, niet geleid tot het niet of voor een lager bedrag aanspreken van Van der Zanden uit hoofde van de borgstellingsovereenkomst.

Ter zitting van 13 augustus 2007 heeft de rechtbank Van der Zanden in de gelegenheid gesteld om haar stelling dat verkoop van de inventaris bij meer of andere inspanningen van Fortis een zoveel hogere opbrengst had kunnen opleveren dat Van der Zanden niet of niet voor het volledige bedrag van de borg had hoeven worden aangesproken, tegenover de gemotiveerde betwisting door Fortis nader te onderbouwen. Daartoe heeft Van der Zanden onder meer taxatierapporten overgelegd van Troostwijk Taxaties van 12 januari 2005, waarin de liquidatiewaarde van de inventaris van Revanche op dat moment is getaxeerd op een bedrag van € 69.000,= en de vervangingswaarde van de inventaris van Revanche op dat moment is getaxeerd op een bedrag van € 175.000,=.

In de akte overlegging producties van 23 oktober 2007 stelt Van der Zanden dat de overgelegde taxatierapporten haar stellingen onderbouwen dat de door Troostwijk getaxeerde liquidatiewaarde ruim het dubbele is van de in opdracht van Fortis getaxeerde liquidatiewaarde zodat bij realisering van de eerstgenoemde waarde Van der Zanden slechts voor een bedrag van circa veertienduizend euro zou zijn aangesproken en dat bij realisering van een onderhandse verkoop in het geheel geen vordering op Revanche had hoeven resteren zodat Van der Zanden niet als borg aangesproken zou zijn.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft Van der Zanden met slechts de overlegging van de taxatierapporten van Troostwijk Taxaties uit 2005 haar stellingen tegenover de gemotiveerde betwisting door Fortis onvoldoende nader onderbouwd. Ook

Fortis heeft de inventaris van Revanche door een beëdigd taxateur laten taxeren, waarbij de executiewaarde van de inventaris per 13 oktober 2006 werd getaxeerd op een bedrag van € 33.255,=. Ten opzichte van de eerdere taxatie moet daarbij worden aangetekend dat er na de eerdere taxatie bijna twee jaren waren verstreken en Revanche inmiddels in staat van faillissement verkeerde. Bij de uiteindelijke verkoop is niet de taxatieprijs per 12 januari 2005 en evenmin de in opdracht van Fortis bepaalde taxatieprijs per 13 oktober 2006 verkregen, maar slechts een bedrag van € 17.850,= inclusief BTW. Voor de beantwoording van de vraag of Van der Zanden als borg wordt aangesproken is bepalend wat de uiteindelijke verkoopopbrengst is en of daarmee de vordering van Fortis op Revanche kan worden voldaan. Dat er destijds een potentiële koper was die méér had willen betalen, is door Van der Zanden aanvankelijk wel gesteld, maar – hoewel zij daartoe na de betwisting door Fortis nog de gelegenheid heeft gekregen – volstrekt onvoldoende onderbouwd.

Van der Zanden stelt dat zij in de brief van de curator van 14 september 2007 leest dat er geen verkoopvoorwaarden zijn en dat er geen koopovereenkomst is. Naar de mening van Van der Zanden blijkt uit vorengenoemde brief niet van serieuze inspanningen om de inventaris te verkopen voor een hoge opbrengst. Fortis voert daartegen verweer. De rechtbank is van oordeel dat uit de brief van de curator van 14 september 2007 niets blijkt dat een nadere onderbouwing kan vormen van de stellingen van Van der Zanden. Dat de curator niet beschikt over een kopie van de koopovereenkomst houdt niet in dat er geen verkoopvoorwaarden of koopovereenkomst zouden zijn. Uit de brief blijkt niet dat Fortis zich bij de verkoop van de inventaris onvoldoende actief heeft opgesteld.

Van der Zanden stelt dat de ontruimingskosten ten laste van de boedel

hadden moeten worden gebracht. Doordat de ontruimingskosten voor rekening van de koper zijn gekomen heeft de inventaris naar de mening van Van der Zanden een lagere verkoopprijs opgebracht dan wanneer deze kosten voor rekening van de boedel zouden zijn gekomen. Hierdoor zou Van der Zanden volgens haar stelling niet althans voor een lager bedrag aangesproken zijn op haar borgstelling. Van der Zanden heeft tegenover de betwisting door Fortis onvoldoende gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat verkoop van de inventaris van Revanche een zodanige opbrengst had opgeleverd dat Van der Zanden niet althans voor een lager bedrag als borg zou zijn aangesproken, indien de ontruimingskosten niet ten laste van de koper zouden zijn gebracht. Reeds daarom faalt dit verweer.

4.4. Op grond van het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat Van der Zanden niet heeft aangetoond dat verkoop van de verpande inventaris bij meer of andere inspanningen van Fortis binnen een redelijke termijn een zoveel hogere opbrengst had kunnen opleveren dat Van der Zanden niet of niet voor het volledige bedrag van € 25.000,= als borg had hoeven te worden aangesproken. Daarmee is naar het oordeel van de rechtbank geen sprake van een toerekenbare tekortkoming of onrechtmatig handelen van Fortis jegens Van der Zanden.

4.5. Van der Zanden stelt dat de uitwinning van de inventaris door Fortis zoals dat is gebeurd leidt tot onaanvaardbare gevolgen, welke gevolgen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid dienen te worden beperkt. De rechtbank begrijpt daaruit dat Van der Zanden bedoelt te stellen dat het door Fortis aanspreken van haar op haar verplichtingen uit hoofde van haar overeenkomst met Fortis leidt tot voor Van der Zanden onaanvaardbare gevolgen die op grond van redelijkheid en billijkheid moeten worden beperkt. Omdat Van der Zanden niet nader onderbouwt wat de

gevolgen zijn, waarom deze onaanvaardbaar zijn en op grond waarvan deze dienen te worden beperkt gaat de rechtbank aan haar stelling dienaangaande voorbij.

4.6. De rechtbank verwerpt het beroep van Van der Zanden op artikel 6:101 BW, nu Fortis geen schadevergoeding maar nakoming van een borgstellingsovereenkomst vordert, zodat deze bepaling niet van toepassing is.

4.7. Op grond van het vorenstaande wordt de vordering in conventie tot veroordeling van Van der Zanden tot betaling van de borgsom van € 25.000,= toegewezen.

4.8. Op grond van artikel 7:856 BW is Van der Zanden wettelijke rente verschuldigd over de periode waarin zij zelf in verzuim is. De vordering van Fortis op Van der Zanden is opeisbaar, Fortis heeft Van der Zanden bij brief van 12 oktober 2006 met ingang van 25 oktober 2006 in gebreke gesteld en Van der Zanden heeft niet betaald. De vordering van Fortis tot veroordeling van Van der Zanden tot betaling van de wettelijke rente over de hoofdsom van € 25.000,= vanaf 25 oktober 2006 wordt toegewezen als na te melden.

4.9. De vordering Van Fortis tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten zal worden toegewezen, nu de gevorderde vergoeding op grond van de aanbevelingen in het rapport Voorwerk II (november 2000) is beperkt tot twee punten van het geldend liquidatietarief en Van der Zanden tegen de gevorderde vergoeding geen verweer heeft gevoerd. De gevorderde wettelijke rente over de buitengerechtelijke incassokosten is pas verschuldigd vanaf het moment dat de buitengerechtelijke incassokosten door Fortis zijn betaald. Nu Fortis daarover niets heeft gesteld, wordt de wettelijke rente over de buitengerechtelijke incassokosten toegewezen vanaf de datum van dagvaarding.

4.10. Op grond van hetgeen is overwogen in de punten 4.1. tot en met 4.4. worden de primaire en subsidiaire vorderingen in reconventie afgewezen.

4.11. Fortis vordert in conventie dat Van der Zanden wordt veroordeeld tot betaling van de beslagkosten. Van der Zanden voert daartegen verweer en vordert (meer subsidiair) in reconventie dat Fortis wordt bevolen het beslag op te heffen, met veroordeling van Fortis in de kosten van (opheffing van) het beslag. De rechtbank is van oordeel dat niet is gebleken van de nietigheid van het beslag of van de ondeugdelijkheid van de vordering van Fortis. Evenmin is gebleken van het onnodige van het beslag. Fortis heeft onweersproken gesteld dat (haar deel van) de beslagen onroerende zaak het enige verhaalsobject van Van der Zanden is. Van der Zanden heeft haar stelling dat de beslaglegging onnodig is omdat de woning geen overwaarde heeft op geen enkele wijze nader onderbouwd. Niet is gesteld of gebleken dat Van der Zanden door het beslag onevenredig zwaar in haar belangen wordt getroffen. De rechtbank ziet geen aanleiding voor (een bevel tot) opheffing van het beslag. Op grond van het vorenstaande worden de vorderingen in reconventie tot het geven van een bevel tot opheffing van het beslag en tot veroordeling van Fortis in de kosten van (opheffing van) het beslag afgewezen en wordt de vordering in conventie tot veroordeling van Van der Zanden tot betaling van de beslagkosten toegewezen. (...; *red.*).

4.12. Van der Zanden zal als de in het ongelijk gestelde partij in de overige proceskosten worden veroordeeld, zowel in conventie als in reconventie.

(...; *red.*)

5. De beslissing

De rechtbank

in conventie

5.1. veroordeelt Van der Zanden om aan Fortis Bank (Nederland) N.V. te betalen een bedrag van € 25.000,= (vijfentwintig duizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over het nog niet betaalde deel van het bedrag van € 25.000,= vanaf 25 oktober 2006 tot de dag van volledige betaling,

5.2. veroordeelt Van der Zanden in de buitengerechtelijke incassokosten, (...; *red.*),

5.3. veroordeelt Van der Zanden in de beslagkosten, (...; *red.*),

5.4. veroordeelt Van der Zanden in de overige proceskosten (...; *red.*),

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

5.6. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

5.7. wijst de vorderingen af,

5.8. veroordeelt Van der Zanden in de proceskosten (...; *red.*),

5.9. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

1. Een bank die een krediet verstrekt, heeft vaak de beschikking over zowel goederenrechtelijke als persoonlijke zekerheden. In de onderhavige zaak heeft de bank pandrechten op verschillende goederen van de kredietnemer alsmede een borgtocht. De rechtbank overweegt in r.o. 4.3 terecht dat de bank in beginsel volledig vrij is om te kiezen welke zekerheid zij het eerst te gelde maakt. Maar welke volgorde is aan te bevelen? Volgens mij is dat onder

meer afhankelijk van de vraag of het bedrag waarvoor de borg maximaal kan worden aangesproken, gelijk is aan of lager is dan de totale vordering van de bank op de kredietnemer.

2. Wanneer de bank de borg voor het totaalbedrag van haar vordering op de kredietnemer kan aanspreken, is de volgorde in beginsel om het even. De bank kan eerst haar goederenrechtelijke zekerheden uitwinnen en vervolgens de borg aanspreken voor het restant. De bank is dan wel enige verantwoording schuldig aan de borg over de opbrengst van de uitgewonnen zekerheden. Bij een normale openbare of onderhandse executie volgens de regels die daarvoor gelden (art. 3:250, 3:251 en 3:268 BW), is een reële opbrengst mijns inziens voldoende gewaarborgd. Wanneer de goederenrechtelijke zekerheden echter op andere wijze te gelde worden gemaakt – bijvoorbeeld door middel van een onderhandse, niet-executoriale verkoop, of langs de weg van een schikking met (de curator van) de kredietnemer – verdient het mijns inziens aanbeveling om eerst met de borg te overleggen, omdat de bank anders wellicht door de borg kan worden aangesproken op grond van art. 6:154 BW. Het schikken van pandrechten en opvolgend aanspreken van de borg was aan de orde in Rb. Rotterdam 6 juni 2007, «JOR» 2007/255 (ABN AMRO/Daglayan), m.nt. A. Steneker. Om die of een andere reden kan de bank ook ervoor kiezen om eerst de borg aan te spreken. De rechtbank overweegt in r.o. 4.3 “dat, nu er sprake is van een verpanding, Fortis [de bank; AS] onzorgvuldig zou kunnen hebben gehandeld indien zij Van der Zanden [de borg; AS] zou hebben aangesproken zonder een poging te hebben gedaan die andere zekerheden uit te winnen, een en ander afhankelijk van de concrete omstandigheden”. Zie over deze omstandigheden J.W.H. Blomkwist, Borgtocht (Monografieën BW, deel B78), nr. 23. Mijns inziens zullen dergelijke omstandigheden zich niet snel voordoen.

Op grond van art. 7:855 BW kan de borg reeds worden aangesproken wanneer de kredietnemer in verzuim is. Wat mij betreft mag de bank de borg ook aanspreken om zich de moeite van het uitwinnen van andere zekerheden te besparen. Wanneer de borg de vordering van de bank op de kredietnemer volledig voldoet, subrogeert de borg in die vordering (art. 7:850 lid 3 jo. 6:12 lid 1 BW), waarbij de pand- of hypotheekrechten als afhankelijke rechten mee overgaan (art. 3:82 BW).

3. Wanneer de borgtocht is beperkt tot een bedrag dat lager is dan de totale vordering van de bank op de kredietnemer, liggen de kaarten anders. In de onderhavige zaak bedroeg de totale vordering € 81.247,=, brachten de pandrechten € 17.850,= op en was de borgtocht gemaximeerd tot € 25.000,=. Het is in zo'n geval aan te bevelen voor de bank om eerst de goederenrechtelijke zekerheden uit te winnen alvorens de borg aan te spreken (zoals hier ook is gebeurd). Wanneer de bank eerst de borg zou aanspreken, zou de borg voor het betaalde bedrag subrogeren in de vordering van de bank op de kredietnemer en zouden de goederenrechtelijke zekerheden gedeeltelijk op de borg mee overgaan. De bank zou dan de opbrengst van de goederenrechtelijke zekerheden moeten delen met de borg, naar evenredigheid van hun vorderingen. Het is naar huidig recht – anders dan onder art. 1439 oud BW – uitdrukkelijk niet zo dat de bank in zo'n geval voorrang heeft boven de borg. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 560. Anders: Rb. 's-Gravenhage 26 oktober 2005, «JOR» 2006/23 (Staal Bank/Julia Beheer), m.nt. A. van Hees. Dit is alleen anders voor de subrogerende schadeverzekeraar. Art. 7:962 lid 2 BW bepaalt dat de verzekeraar de vordering waarin hij is gesubrogeerd, niet ten nadele van het recht op schadevergoeding van de verzekerde kan uitoefenen.

4. Wanneer het maximumbedrag van de borgtocht lager is dan de totale vordering van de bank op de kredietnemer, kan de bank dus benadeeld worden wanneer de borg betaalt vóórdat de bank haar andere, goederenrechtelijke zekerheden heeft uitgewonnen. Toch is de borg, wanneer in de overeenkomst van borgtocht niet anders is bepaald, mijns inziens bevoegd om te betalen vóórdat hij door de bank wordt aangesproken. Wanneer de bank de regie in handen wil houden, is het daarom aan te bevelen in de overeenkomst van borgtocht wél anders te bepalen, namelijk door te bedingen dat de borg pas mag betalen als de bank dat vordert. Daarnaast kunnen in de borgtochtovereenkomst, of eventueel in een meerpartijenovereenkomst waarbij ook de kredietnemer partij is, maatregelen worden genomen om te voorkomen dat de borg na subrogatie op gelijke voet met de bank meedeelt in de opbrengst van de goederenrechtelijke zekerheden. De beste manier om dat te doen is achterstelling van de vordering waarin de borg subrogeert ten opzichte van de restantvordering van de bank, bij voorkeur in een overeenkomst waarbij de kredietnemer partij is (art. 3:277 lid 2 BW). Andere mogelijkheden zijn: (1) verpanding bij voorbaat van de vordering waarin de borg subrogeert aan de bank (art. 3:98 jo. 3:97 BW), (2) afstand bij voorbaat door de borg van de vordering waarin de borg subrogeert (art. 6:160 lid 1 BW), of (3) het opnemen van een beding tussen de bank en de borg waarin de borg zich verbindt om de vordering waarin hij subrogeert, niet op te eisen zolang de bank niet volledig is voldaan. Vgl. E.M. Vermeulen, *Financiering van overnames* deel II, Zutphen: Paris 2006, p. 62. Onzeker is of de rangorde tussen de vorderingen van de bank en de borg bij verhaal op de opbrengst van de gemeenschappelijke goederenrechtelijke zekerheden ook kan worden geregeld in een beheersregeling als bedoeld in art. 3:168 lid 1 BW of in een regeling als bedoeld in art. 3:172 BW.

A. Steneker, universitair docent burgerlijk
recht Radboud Universiteit Nijmegen
(Onderzoekcentrum Onderneming &
Recht)